



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

## CERTIFICA

Que en la Sesión número 29/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 26 de julio de 2012, se ha adoptado el siguiente

## ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución por la que se aprueban las observaciones a la modificación de las Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (MTZ 2012/1176).**

## I.- ANTECEDENTES

En septiembre de 2009, la Comisión Europea publicó las *“Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha”* (en adelante las Directrices) en las que se recogían los criterios que este organismo iba a emplear para valorar si una intervención de carácter estatal constituía Ayuda de Estado o, por el contrario, si podría acogerse a alguna de las excepciones previstas en los Tratados y, por lo tanto, ser declarada compatible.

El borrador de las Directrices del año 2009 fue informado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la Resolución de 25 de junio de 2009 por la que se aprueban las observaciones a la consulta pública de la Comisión Europea en relación con las directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha.

Las Directrices prevén que, a los tres años como máximo de su publicación, la Comisión Europea las revisará *“en función de la futura evolución tecnológica y reguladora de este importante mercado”*<sup>1</sup>.

A punto de transcurrir el plazo de tres años, la Comisión planteó el 1 de junio de 2012 una consulta pública sobre el nuevo borrador que finalizará el 1 de septiembre de 2012. La Comisión Europea ha previsto aprobar la versión definitiva en el último trimestre de 2012.

## II.- OBJETO DEL INFORME.

---

<sup>1</sup> Párrafo 83.



El presente informe tiene por objeto recoger la opinión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre las modificaciones introducidas en el nuevo borrador.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **Primero.- Habilitación competencial.**

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto, de conformidad con el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), *“el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones”*.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 48.4. letras e) y g), de la LGTel, la Comisión tiene, entre sus funciones, las de (i) adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y la explotación de red en condiciones de red abierta, y (ii) definir y analizar los mercados de referencia, determinar los operadores con poder significativo en el mercado, e imponer, mantener, modificar o suprimir las obligaciones específicas a los operadores.

La LGTel, en el apartado 4 del mismo artículo 48, atribuye igualmente a esta Comisión determinadas funciones, además de disponer de cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, según el artículo 48.4.m) de la citada LGTel.

Conforme al artículo 8.4 de la LGTel *“la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustará a lo dispuesto en esta ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia”*.

En desarrollo de la previsión anterior, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Circular 1/2010, de 15 de junio, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas.

### **Segundo.- Contribución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la consulta pública de la Comisión Europea.**

Como ya se ha señalado, la Comisión Europea tiene previsto dictar unas Directrices sobre los criterios que deben orientar a las Administraciones públicas a la hora de otorgar ayudas públicas para proyectos de despliegue de redes de banda ancha y, en particular, de redes de acceso de nueva generación (NGA). Para ello, ha considerado conveniente recabar la opinión de las partes interesadas acerca del enfoque más adecuado de las directrices propuestas.

Sobre la base de la habilitación competencial citada, y teniendo en cuenta que la consulta pública de la Comisión Europea incide en el despliegue y la regulación de las redes de banda ancha, así como en la intervención de las Administraciones Públicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas asuntos sobre los que la Comisión del Mercado de las



Telecomunicaciones ejerce sus competencias, se procede a hacer observaciones a la mencionada consulta pública.

En virtud de las consideraciones de Hecho y de Derecho expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

## RESUELVE

**Único.** Aprobar las observaciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la consulta pública de la Comisión Europea en relación con la modificación de las Directrices comunitarias para la aplicación de las normas de ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha, que se adjunta como documento 1 anexo a la presente Resolución.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 22.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 30 de marzo de 2012 (B.O.E. de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.***



## DOCUMENTO 1

# Observaciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al Borrador de la Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha

## 1. Objeto

La Comisión Europea (CE) lanzó el día 1 de junio de 2012 una consulta pública para la revisión de las vigentes *“Directrices para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha”* aprobadas en 2009 (en adelante, las Directrices) y ha presentado el proyecto (en adelante, el Borrador) con la nueva redacción que desea incorporar al texto. Con la reforma, según indica la CE<sup>2</sup>, se pretende limitar las cargas administrativas innecesarias en proyectos de escasa cuantía, se introducen determinadas aclaraciones y se pretende facilitar las condiciones para cumplir con los objetivos marcados en la Agenda Digital Europea<sup>3</sup>.

Hasta el 1 de septiembre de 2012, se podrán realizar comentarios al texto presentado tanto por parte de los operadores como de las entidades públicas. La CE estima que la aprobación de la versión final de las Directrices revisadas se producirá antes de que finalice 2012.

Ambos documentos (Directrices y Borrador) siguen una estructura similar y parten del mismo principio, la complementariedad de la intervención pública con la inversión privada, con el objetivo de reducir la brecha digital y cumplir con la Agenda Digital Europea. El texto propuesto examina las condiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) para determinar la presencia de una Ayuda de Estado y los principios aplicables para determinar la aprobación de la ayuda tanto en los casos de redes de banda ancha básica como de redes de próxima generación (en adelante, NGA). El Borrador incorpora los criterios seguidos en las Decisiones aprobadas desde el año 2009.

En el presente documento, se realizan algunas observaciones respecto a la propuesta de Borrador.

Puesto que el lenguaje de trabajo de la CE en la elaboración del Borrador es el inglés, los comentarios se realizarán sobre esa versión por tratarse de una de las lenguas de trabajo y además existir algunas discordancias con la versión del texto en castellano. En este mismo sentido, la numeración de los párrafos y notas al pie referidas en el presente documento coinciden con la versión en inglés.

## 2. Observaciones Generales

Han transcurrido casi tres años desde la publicación de las Directrices. En este periodo de tiempo, el papel de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones asesorando y, en

---

<sup>2</sup> Nota de prensa de la Comisión Europea (Referencia: IP/12/550 Fecha: 01/06/2012)

<sup>3</sup> Concretamente, los objetivos de la Agenda Digital consisten en que en 2020 (i) existirá acceso general a velocidades de internet superiores a 30 Mbps; y (ii) al menos 50% de los hogares europeos tengan conexiones a internet por encima de 100 Mbps. Para su cumplimiento, se calcula que serán necesarias inversiones de 60.000 millones de euros y 270.000 millones de euros respectivamente que principalmente tendrán origen privado pero en parte requerirán el apoyo con fondos públicos.



su caso, supervisando la actividad de las Administraciones Públicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas ha ido en aumento.

La aprobación de la Circular 1/2010, de 15 de junio, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (en adelante, la Circular 1/2010) constituye un punto de inflexión en la labor que, a partir de ese momento, se ha llevado a cabo por esta Comisión. En esta norma, se desarrolla el artículo 8.4 de la LGTel en materia de control de la actividad del sector público y, en consecuencia, de asesoramiento a las autoridades que otorgan la ayuda para minimizar la incidencia en la competencia del proyecto de que se trate.

Desde la perspectiva del papel de las Autoridades Nacionales de Reglamentación (en adelante, ANRs), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera que el Borrador sigue la línea marcada por la CE en las Decisiones aprobadas en los últimos años en las que trata de implicar a las diferentes ANRs en el desarrollo y control de los proyectos declarados compatibles.

A pesar del protagonismo que en las últimas Decisiones se ha otorgado a las ANRs, la CE deja en forma condicional<sup>4</sup> el papel de estas entidades en el ámbito de las Ayudas de Estado en el nuevo documento. Quizá sea ahora el momento de dotar a estas entidades de un ámbito de actuación propio en el que se determine claramente el carácter obligatorio de su intervención en materia de Ayudas de Estado en cuestiones relacionadas con el asesoramiento y con la resolución de conflictos entre los operadores que están obligados a ofrecer acceso a las nuevas infraestructuras y lo que los solicitan, promoviendo una mayor competencia.

Por otro lado, las funciones de asesoramiento previo y control posterior, en su caso, del proyecto exigen especiales conocimientos del sector por lo que la autoridad que colabore con la Administración que otorgue la ayuda deberá ser en cada Estado la que ejerza competencias en los ámbitos de que se trate. Por lo que se refiere a las comunicaciones electrónicas, esta función se lleva a cabo por las ANRs competentes para la definición de los mercados pertinentes y el establecimiento de las correspondientes obligaciones<sup>5</sup>. Asimismo, se deberá garantizar, siempre que sea posible, la independencia de esta ANR de la entidad que concede la ayuda. Por ello, las nuevas Directrices deberán asegurar la separación de ambas funciones, de forma que la concesión de las ayudas se realice por una entidad distinta de la que asesore y supervise su cumplimiento.

Junto con estas competencias, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera que las nuevas Directrices deberían establecer, como mínimo y de forma clara, un mecanismo de comunicación entre las ANRs independientes responsables de la regulación de los mercados y las autoridades que conceden la Ayuda. Se trataría de que toda Administración que desee desarrollar un proyecto notifique a la correspondiente ANR independiente la medida al menos con dos meses de antelación a su notificación a la Comisión Europea. De esta forma, la ANR podría asesorar sobre los diversos extremos previstos en las Directrices (elaboración de mapas de cobertura, obligaciones de acceso, precios, etc.) facilitando el trabajo de la CE y garantizando el respeto de la libre competencia en el ámbito de las comunicaciones electrónicas.

---

<sup>4</sup> Empleando en la mayoría de los casos la expresión “debería” –“should”.

<sup>5</sup> Artículo 3.3. bis de la Directiva Marco.



En el caso español, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto autoridad con competencia en la definición de los mercados pertinentes y el establecimiento de las correspondientes obligaciones es la mejor posicionada para ejercer estas funciones.

Por otro lado, el documento incorpora novedades encaminadas a reforzar determinados aspectos que la CE considera fundamentales con vista a cumplir el objetivo establecido en la Agenda Digital. La nueva propuesta refuerza el cambio hacia un mayor estímulo a la inversión en infraestructuras, especialmente pasivas, que aumenten la competencia a nivel mayorista. En este ámbito, el Borrador trata de impulsar la creación de mapas de infraestructuras a nivel nacional que permitan a todos los operadores un mejor diseño de sus redes y el aprovechamiento de las existentes con el consiguiente ahorro en las cuantías que será necesario destinar al despliegue de estas redes.

El Borrador introduce el concepto de “*step change*” que podría traducirse como “*cambio significativo*” o “*cambio de rumbo*”. La CE exige que en determinados supuestos el otorgamiento de una ayuda a un proyecto en concreto se justifique porque introduzca un *cambio significativo* en el tipo de infraestructuras de la zona. Este nuevo criterio recibe una favorable acogida por esta Comisión sin perjuicio de su necesaria concreción, como se señalará más adelante.

La inclusión de las redes backhaul como objeto de la ayuda constituye otra novedad respecto de la redacción anterior. Este concepto ya había sido tenido en cuenta por la CE en alguna Decisión como la de Xarxa Oberta<sup>6</sup> por lo que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera necesario y positivo que se integre en las nuevas directrices.

Junto con la modificación del alcance de los criterios que deben ser tenidos en cuenta por las autoridades que conceden la ayuda para garantizar que ésta sea adecuada, el Borrador introduce dos nuevas condiciones más: la transparencia y la necesidad de elaborar un informe cada dos años por la autoridad que concede la ayuda para comprobar la evolución del proyecto.

Por último, a juicio de esta Comisión el texto presentado extiende más allá de lo aconsejable el uso de las notas al pie. Muchas de las consideraciones de fondo del Borrador se contienen en estas notas. Por ello, se propone que las notas al pie se reserven para recoger datos específicos o remisiones a otros documentos, pero que figuren en el texto principal todos los criterios que la CE va a emplear en el análisis de sus decisiones en materia de Ayudas de Estado<sup>7</sup>.

A continuación se exponen comentarios sobre algunos puntos concretos del Borrador, en ocasiones sugiriendo modificaciones y en otras poniendo de relieve la necesidad de aclaración de puntos que se presentan confusos o de difícil interpretación. Sólo se hará referencia a los párrafos sobre los que se efectúen observaciones.

---

<sup>6</sup> Decisión de la Comisión N 407/2009 - España - Fibra óptica en Cataluña (Xarxa Oberta)..

<sup>7</sup> A modo de ejemplo, la nota al pie 97 establece el límite máximo de los precios que pueden exigir los que reciben una ayuda. Este criterio es básico en la formación de precios y, por este motivo, debería figurar en el texto principal.



### 3. Observaciones concretas a las Directrices

#### ***Ausencia de ayuda: la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado (apdo. 2.2.1.)***

El Borrador mantiene la exclusión del ámbito de las Ayudas de Estado en los supuestos en los que se cumple el principio de inversor privado en una economía de mercado (PIPEM) (párrafos 16 y 17) y remite exclusivamente a los criterios de la Decisión de Citynet Amsterdam.

#### Observaciones

Sería conveniente que la CE profundizara en los parámetros que utilizará para evaluar este tipo de proyectos, pues numerosas Administraciones Públicas plantean iniciativas bajo esta figura. A continuación se enumeran de forma no exhaustiva algunos aspectos que deberían aclararse o completarse:

- El cumplimiento del principio de inversor privado en una economía de mercado en aquellos proyectos en los que en una misma red la Administración Pública se presta a sí mismo servicios y a la vez presta servicios comerciales mayoristas y/o minoristas.
- El plazo razonable de recuperación de la inversión referida al despliegue y explotación de una red.
- La tasa de descuento adecuada para recuperar la inversión.
- Cómo se aplican en concreto las exigencias del principio de inversor privado en una economía de mercado en los que la intervención se concreta a través de préstamos o garantías.

#### ***Ayudas de Estado para el despliegue de banda ancha como un Servicio de Interés Económico General (apdo. 2.2.2.)***

El Borrador se refiere a la Comunicación de la CE sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales de la Unión Europea a la compensación concedida para la prestación de servicios de interés económico general, objeto de reciente modificación con el nuevo paquete legislativo de los Servicios de Interés Económico General (SIEG).

#### Observaciones

El párrafo 24 del Borrador prevé (en los mismos términos que ya lo hacían las Directrices del 2009 en el párrafo 28) que no pueda identificarse un SIEG relativo a un proyecto de banda ancha con la atribución de un derecho exclusivo o especial de conformidad con lo previsto en el artículo 106.1 TFUE. Sin embargo, esta previsión no se desarrolla en ningún sentido y se podrían suscitar algunas dudas sobre cuál es su traducción en términos prácticos para algunos casos en concreto<sup>8</sup>. Por ello, se considera conveniente valorar y completar las implicaciones de esta cuestión en la versión definitiva del Borrador.

Por otro lado, el Borrador desarrolla en el párrafo 25 los criterios del cálculo de la compensación por el SIEG, que debe ajustarse, conforme a los principios de la jurisprudencia Altmark<sup>9</sup>, a no superar los gastos ocasionados por la ejecución del SIEG. En

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, ¿la atribución de la prestación de un SIEG mediante una licitación pública no podría en algunas circunstancias suponer *de facto* un derecho exclusivo o especial?

<sup>9</sup> Asunto C-280/00, Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH, Rec.



particular, la nota 34 indica que el Estado Miembro es el que debe decidir la metodología a emplear que mejor se adapte a cada caso con el fin de cubrir únicamente la misión SIEG en las zonas no comerciales. Sin embargo, convendría concretar para el sector específico de banda ancha, entre otros, los siguientes extremos:

- La coexistencia entre el Borrador y otras medidas aprobadas en el marco de los SIEG (por ejemplo, la Comunicación de la Comisión –Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público) en los que se proporcionan orientaciones sobre los métodos de asignación de costes e ingresos.
- Orientaciones concretas relativas al despliegue de infraestructuras de banda ancha en relación con, entre otros, el concepto de ingresos o beneficios razonables y la imputación de los mismos (se menciona la posibilidad de que un beneficio por encima del rendimiento medio podría ser asignado a la financiación del SIEG pero no se concreta cómo).
- Orientación sobre la interpretación de la compensación excesiva en el marco de un SIEG, entre otras cosas indicando si se aplican los criterios del apartado 67.i) (que prevé un umbral mínimo de 10 millones de euros de ayuda para considerar necesaria la aplicación de un mecanismo contra la compensación excesiva).

***Medidas administrativas y regulatorias de soporte del despliegue de las redes de banda ancha fuera del ámbito de las normas sobre Ayudas de Estado (apdo. 2.3.)***

En este apartado - párrafos 28 y siguientes- se analizan medidas que no necesariamente implican Ayuda de Estado pero que contribuyen al desarrollo de la banda ancha. Se trataría de supuestos tales como concesión de derechos de paso, coordinación de trabajos de obra civil<sup>10</sup>, etc.

Observaciones

El Borrador reproduce en los párrafos 28 y 29 del Borrador el párrafo 60 de las Directrices de 2009, sin embargo, el nuevo texto excluye el vigente párrafo 61 que afirmaba que quedaban fuera del ámbito del artículo 107.1 del TFUE, es decir, de las Ayudas de Estado, “*algunas obras de ingeniería civil*” siempre que estuvieran abiertas a todos los usuarios potenciales y no sólo a los operadores de comunicaciones electrónicas (por ejemplo, servicios de electricidad, gas y agua). Por su parte, la nota 40 del Borrador parece apuntar en sentido contrario a las consideraciones del párrafo 61 cuando indica que este tipo de obras, como instalar conducciones e infraestructuras de banda ancha, puede considerarse Ayuda de Estado

---

2003, p. I-7747. Las cuatro condiciones recogidas en dicha sentencia son: a) el beneficiario de un mecanismo estatal de financiación de un SIEG deberá ser encargado formalmente de la prestación de un SIEG, definiéndose claramente la gestión confiada y las obligaciones; b) los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria frente a empresas competidoras; c) la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución del SIEG, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones; d) en caso de que el beneficiario no sea seleccionado con arreglo a un procedimiento de contratación pública que permita la prestación del servicio al menor coste para la sociedad, el nivel de la compensación concedida se determinará sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media y bien gestionada habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.

<sup>10</sup> Apartado 29 de las Directrices Revisadas y nota al pie 40, en la que se cita una Decisión de la CE sobre un esquema alemán de medidas adoptadas por las autoridades alemanas constituyeron «obras generales de ingeniería civil» que el Estado habría ejecutado en cualquier caso, con fines de mantenimiento.





Esta Comisión considera esencial una delimitación más clara del criterio utilizado para calificar como Ayuda de Estado una intervención en materia de infraestructura civil y de su aplicación en casos concretos, con el objeto de que tanto las autoridades como los operadores sepan de antemano qué criterios se utilizarán en la realización de este tipo de proyectos para confirmar si, como indica el Borrador, *“instalar conducciones e infraestructuras de banda ancha aprovechando las obras de mantenimiento de carreteras”* puede considerarse Ayuda de Estado o no.

Por lo que atañe a la nota 40 del Borrador, contrariamente a lo que se indica en ella, no parece deducirse de la propia práctica de la CE que el caso N383/2009 que se cita *“es uno de los pocos en los que las obras de ingeniería civil general, como el mantenimiento de carreteras, no constituyen ayudas estatales”* ya que ni siquiera en el supuesto de que las autoridades públicas decidan acometer determinados trabajos de ingeniería civil y subvencionarlos se presupone la existencia de una Ayuda de Estado<sup>11</sup> y menos cuando el coste es a cargo de los operadores como indica la nota 40. La actual redacción induce a confusión. Por tanto, las futuras Directrices deberían aclarar cuáles son estos criterios y detallar qué supuestos de ingeniería civil general pueden constituir ayudas estatales, especificando la concurrencia de todos los requisitos necesarios para ello.

Por último, en este apartado se hace referencia a la posibilidad de establecer un inventario centralizado de la totalidad de las infraestructuras existentes (sean objeto de Ayudas de Estado o no), cuestión sobre la que pueden realizarse las siguientes observaciones:

- El Borrador no precisa el concepto de infraestructura (activa, pasiva, ambas).
- Aunque se dispone de ciertos datos relativos al despliegue de infraestructuras/ prestación de servicios a día de hoy no cabe pensar que la materialización de esta posibilidad se realice en un corto plazo de tiempo dado, entre otras circunstancias, los recursos materiales y humanos que serán necesarios para cumplir con tal objetivo.

#### **Diseño de la medida (apdo. 2.4.1.b)**

En este apartado junto con los criterios para conocer si una medida ha sido correctamente diseñada, es decir, que constituye un instrumento político adecuado, produce un efecto incentivador y tiene carácter proporcional, el Borrador desarrolla el papel que les corresponde a las autoridades que conceden la ayuda y a las ANRs. Respecto a estas últimas, el Borrador reconoce desde el principio el papel de las ANRs en el desarrollo de las redes de banda ancha. Así, en el párrafo tercero del apartado 1 (Introducción) señala que:

*“Un mayor despliegue de redes de banda ancha y en especial de Redes de Acceso de Próxima Generación (“NGA”) sigue precisando la intervención de las Autoridades Nacionales de Reglamentación (“ANRs”) debido a su posición y papel en el sector de las comunicaciones electrónicas<sup>12</sup>.”*

El párrafo 41 del Borrador trata de impulsar la participación de las ANRs en los proyectos de ayudas asesorando a las autoridades que las conceden en el diseño de la medida. La CE trata de conseguir de forma gradual un mayor papel a las ANRs en la planificación de las

---

<sup>11</sup> Ver Decisión N 383/2009, apartado 42.

<sup>12</sup> Parráf. 3: *“Further deployment of broadband networks and in particular of Next Generation Access (“NGA”) networks continues to require the intervention of the national regulatory authorities (“NRAs”) due to their position and role in the electronic communication sector”.*



actuaciones que, en el ámbito de Ayudas de Estado, se están llevando a cabo. La justificación se encontraría en que las ANRs poseen un mayor conocimiento y experiencia de una materia tan específica como las telecomunicaciones y el papel que le atribuye la regulación sectorial en estos mercados. En concreto, la CE considera que las ANRs deberían ser consultadas:

- a) Cuando se están identificando las zonas donde se aplicará la ayuda.
- b) Para determinar los precios y las condiciones del acceso mayorista.
- c) Para resolver los conflictos entre los operadores que soliciten el acceso y el operador que explote la infraestructura subvencionada.

Por otro lado, de forma paralela, la CE reconoce la necesidad de que los Estados establezcan la base legal de la intervención en esos ámbitos de las ANRs.

#### Observación

En el caso de España, el artículo 8.4 de la LGTel y su posterior desarrollo en el artículo 4 del Reglamento de prestación de servicios y la Circular 1/2010 otorgan a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un papel relevante en el asesoramiento a las autoridades que otorgan la ayuda. El reconocimiento de este papel en las nuevas Directrices fortalece la intervención de esta Comisión.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera positivo que la CE reconozca el relevante papel que las ANRs pueden llegar a desarrollar en el ámbito de las Ayudas de Estado. Sin embargo, a juicio de esta Comisión, la experiencia adquirida en los últimos años aconseja que la CE dé un paso adelante en apoyo de las funciones de colaboración que el Borrador recoge.

En este sentido, se propone, en línea con lo señalado al principio de este documento, que se establezca como obligatoria la notificación a las ANRs independientes por parte de las autoridades que conceden la ayuda con una antelación suficiente de, al menos, dos meses antes de remitir el proyecto a la CE. Cuando las ANRs independientes tengan habilitación competencial suficiente, podrán examinar los proyectos de Ayudas, especialmente en cuanto a la delimitación de las zonas, así como aspectos concretos relativos a las condiciones de acceso o precios a los que se refiere el Borrador y emitir un informe que contribuiría a facilitar el análisis, por parte de la CE, de la ayuda que se pretende conceder. Esta medida se justifica, como la propia CE reconoce, puesto que son estas entidades las que específicamente tienen la misión de la definición y supervisión de los mercados, de conformidad con el marco comunitario vigente<sup>13</sup> y, por ello, se encuentran en la mejor posición para llevar a cabo estas labores.

Asimismo, se reitera que la resolución de los conflictos que surjan entre los operadores beneficiarios de la ayuda y los que busquen el acceso a la infraestructura objeto del proyecto debería incluirse entre las atribuciones correspondientes a las ANRs independientes con competencias regulatorias en el ámbito de los mercados.

Si bien es cierto, como sugirió el BEREC<sup>14</sup>, que podrían existir problemas con la normativa interna de otros Estados miembros ante la falta de base jurídica para desarrollar este papel en algunos de ellos, la CE podría impulsar esta implementación a nivel comunitario, incluyendo por ejemplo una modificación del marco comunitario de comunicaciones

---

<sup>13</sup> Ver, entre otros, el artículo 3.3 bis de la Directiva Marco.

<sup>14</sup> BoR (11) 42 BEREC Response to EC Questionnaire of the revisions of state-aid guidelines



electrónicas en el que se recogiera el papel que la CE desea que tengan las ANRs en el ámbito de las Ayudas de Estado. La existencia de una norma de obligado cumplimiento en el ámbito comunitario contribuiría a definir más claramente el papel de las ANRs.

### ***Directrices para las autoridades locales***

Por otro lado, el párrafo 41 del Borrador recomienda que las ANRs publiquen directrices para las autoridades locales que incluyan recomendaciones sobre el análisis del mercado, productos de acceso mayorista y precios. En la nota al pie 53, se justifica esta sugerencia como una vía para aumentar la transparencia y reducir la carga administrativa sobre las entidades locales.

#### Observación

La especificidad y complejidad de las actividades apuntadas, así como la experiencia y conocimientos de las ANRs con competencias regulatorias para el desarrollo de las mismas, aconsejan este tipo de recomendación. Con esta medida, se contribuiría a reducir la necesidad de asesoramiento directo por parte de las ANRs independientes a las Administraciones que conceden la ayuda.

### ***Autoridades Nacionales de Competencia***

El párrafo 42 del Borrador se refiere a la posible participación de las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) para evitar que un operador pueda reforzar una posición de dominio por el hecho de beneficiarse de un número importante de subvenciones en un programa marco. En este sentido, menciona un informe realizado por la ANC francesa solicitada por el Senado en relación con la intervención de diversos entes territoriales en el despliegue de una red de muy alta velocidad.

#### Observación

En relación con esta cuestión cabe manifestar que las Directrices dejan de manera completamente indeterminada cómo se articulará esta intervención que, por otro lado, se añadirá a la de la propia ANR, con el efecto contrario de aligerar las cargas administrativas que persigue el Borrador. En cualquier caso el precedente francés citado podría entenderse en relación con un supuesto concreto, sin que por ello tenga que extrapolarse la necesaria intervención de las ANCs en los procesos de examen de Ayudas de Estado en el marco de la banda ancha.

### ***Instrumento adecuado***

En el párrafo 43, la CE afirma que mientras que la regulación *ex ante* ha facilitado en muchos casos el despliegue de la banda ancha en áreas urbanas y más densamente pobladas, esta regulación puede no ser un instrumento suficiente para posibilitar el suministro de servicios de banda ancha especialmente en áreas donde el beneficio inherente a la inversión es bajo.

#### Observación

Como ya se señaló en el informe al anterior Borrador<sup>15</sup>, en este párrafo la CE se está reservando la determinación de si la regulación *ex ante* es suficiente o no, considerando si

---

<sup>15</sup> Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 25 de junio de 2009 por la que se aprueban las observaciones a la consulta pública de la Comisión Europea en relación con las Directrices Comunitarias para la aplicación de



las obligaciones impuestas permiten solventar los problemas relativos a las condiciones del mercado, el acceso a la red o las barreras a la entrada. Esta vinculación apoya la conveniencia de que la ANR competente en el establecimiento de la regulación *ex ante* emita un informe sobre los proyectos para solventar los problemas del mercado identificados.

### **Efecto incentivador**

La necesidad de que la medida produzca un efecto incentivador se recoge también en las Directrices de 2009. En el Borrador - párrafo 44 y nota 57- se añade respecto del texto vigente que si un operador está sujeto a ciertas obligaciones de cobertura en la zona objeto de ayuda, puede que no sea posible su elección como destinatario de la Ayuda de Estado al ser poco probable el efecto incentivador de la misma. En la nota al pie 57 figuran algunos ejemplos, como es el caso de las obligaciones de cobertura para determinados operadores en virtud de las condiciones de sus licencias móviles en la zona o el de aquellos operadores designados para la prestación del servicio universal.

### Observaciones

Si bien esta Comisión está de acuerdo con el fondo de estas previsiones, la referencia al supuesto de los operadores designados para la prestación del servicio universal resulta confusa y precisaría de aclaración sobre cómo casan ambos regímenes.

Según el literal de la nota 57<sup>16</sup>, el operador designado para la prestación de servicio universal que reciba una compensación a cambio no podrá resultar beneficiario de ayuda estatal adicional para financiar la misma red. Esta limitación podría resultar excesiva, sobre todo en aquellos casos, como es el español, en los que el servicio universal conlleva la conectividad a servicios de banda ancha. De la redacción actual se infiere que se excluiría al operador designado para su prestación de recibir cualquier ayuda sobre su red.

Por ello, se considera necesario que se precise la delimitación concreta de dicha exclusión. En este sentido, podría aclararse su redacción vinculando la exclusión del operador designado para la prestación de servicio universal únicamente a aquellas ayudas destinadas a financiar despliegues de red que vayan a soportar los mismos servicios que los previstos en el servicio universal sin que supongan mejoras sustanciales.

### **Limitar la distorsión de la competencia y procedimiento de sopesamiento (apdo. 2.4.1.c)**

En el párrafo 48, se incluye el concepto de “*step change*” o cambio de rumbo. El Borrador propone exigir al licitador que la red que vaya a desplegar implique nuevas inversiones que tengan un carácter significativo. De nuevo, mediante nota al pie, se explica cómo entiende la CE este cambio.

Los requisitos a cumplir por la inversión serían: (i) que suponga una cuantía elevada y, (ii) que aporte capacidades nuevas e importantes tanto en cuanto a accesibilidad como capacidad<sup>17</sup>.

### Observación

---

las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (RO 2009/892).

<sup>16</sup> “*Similarly, if an operator designated with an universal service obligation (USO) receives public service compensation, no additional State aid can be granted to finance the same network*”.

<sup>17</sup> Por ejemplo, no bastaría con una simple actualización de la red de 6 Mbps a 12 Mbps.



Sin perjuicio de la dificultad de establecer los límites que suponen el cambio caso a caso, el primer requisito, cuantía elevada de la inversión, no queda delimitado y, con carácter general, tampoco parece estar directamente ligado a limitar los efectos anticompetitivos. Asimismo, excluye intervenciones que suponiendo un avance importante no exijan inversiones cuantiosas. La segunda incide en la mayor disponibilidad y capacidad de servicios y al igual que el primer criterio, su delimitación tampoco resulta clara y parece estar orientada a la construcción de redes NGA o ultrarrápidas. Sin embargo, a juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tendría por qué descartarse una actualización progresiva de las redes en el contexto económico actual. En este sentido, el criterio del “step change” podría dar lugar a que, en la práctica, no se considere adecuada la intervención pública en zonas de banda ancha gris cuando dicha intervención no dé lugar a la construcción de una red NGA.

### ***Aplicación de los principios a Ayudas de Estado para redes de banda ancha básica y NGA (apdo. 3)***

#### ***Tipos de redes de banda ancha (apdo. 3.1.)***

Al igual que en las vigentes Directrices, la propuesta actual mantiene la separación entre las ayudas al despliegue de banda ancha básica y redes NGA. Además introduce una tercera categoría las redes ultra-rápidas que ofrecen velocidades superiores a 100 Mbps.

En cuanto a la diferenciación entre zonas, el nuevo texto vuelve a clasificarlas en blancas, grises y negras en función del número de infraestructuras desplegadas sobre las mismas.

#### ***Ayuda de Estado para redes de banda ancha básica (apdo. 3.2)***

El Borrador incluye una referencia expresa a las redes backhaul. Así, el párrafo 57 indica que en los proyectos de ayudas a este tipo de infraestructuras se deberá tener en cuenta la situación tanto en los mercados de backhaul como en los de acceso.

#### Observaciones

Debería clarificarse como debe tenerse en cuenta la situación de ambos mercados. En este sentido, si se realiza el mapa de cobertura tanto de la infraestructura de backhaul como de la de acceso, resultaría de gran ayuda una mayor especificación de la relación entre ambas coberturas o cuál de los mapas debe prevalecer.

#### ***Zonas blancas***

El nuevo texto sigue atribuyendo la calificación de zona blanca a aquella, en la que no existan infraestructuras efectivamente desplegadas. La CE ha mantenido que los operadores deben comprometerse a desplegar una red en un plazo de 3 años para no considerar blanca una zona. En la nota al pie 68, se señala que este periodo se contabiliza desde la publicación de la medida de ayuda prevista.

A efectos de la delimitación de las zonas blancas en relación con la previsión de inversiones, el párrafo 60 del Borrador menciona la posibilidad de que puedan solicitarse garantías a los inversores, entre las que se incluye la firma de un contrato para asegurar que los compromisos de inversión previstos se materialicen.

#### Observaciones



Siendo el plazo de 3 años y su cálculo de especial relevancia, debería incluirse en el texto principal la referencia a que se computa desde el momento de la publicación de la medida y no en la nota al pie.

Por lo que se refiere a la firma de un contrato de compromisos de inversiones, aunque se considera muy positiva la fijación de medidas que garanticen el cumplimiento de las inversiones, esta modificación suscita dudas en dos aspectos:

Por una parte, parece poco probable que los operadores se muestren favorables a comprometerse y garantizar inversiones concretas, en particular si no son beneficiarios directos de la Ayuda, aunque también es cierto que con el modelo de contrato propuesto, si lo firmasen, la zona pasaría a calificarse de gris o negra y condicionaría la ayuda.

En segundo lugar, se cuestiona su encaje jurídico desde el punto de vista del Derecho español puesto que puede quedar fuera tanto del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>18</sup> como de la Ley de Subvenciones<sup>19</sup> y además se trata de una obligación unilateral.

En consecuencia, se propone la utilización de una figura jurídica menos vinculante y, por lo tanto, más proporcional como una declaración escrita de intenciones en la que se especifiquen los plazos y extensión de la red durante, al menos, un periodo de tres años.

### **Zonas grises**

Una de las novedades incorporada a esta sección se refiere a que para configurar una zona como gris o negra es necesario que se contabilicen las infraestructuras realmente desplegadas en la misma y no la existencia de varios operadores prestando servicios minoristas sobre una única red, como sería el caso de la desagregación. De este modo, la CE recoge un criterio que es conforme su práctica más reciente<sup>20</sup>. El Borrador actualmente incluye esta sustancial modificación como nota al pie de dicho párrafo (nota 73).

Por lo que se refiere al análisis, se mantiene el mismo que se recoge en las Directrices actuales. Así, el párrafo 64 señala que la CE evaluará si las condiciones del mercado son las adecuadas y si las obligaciones impuestas por la ANR o por la Autoridad de competencia son capaces de solventar dichos problemas.

### Observaciones

En una zona gris de banda ancha básica, en la que existe una regulación *ex ante* y en la que por las obligaciones de acceso a la propia infraestructura física impuestas en el marco de un análisis de mercado actúan varios operadores ofreciendo estos servicios sobre una misma infraestructura, la diversidad de ofertas minoristas sería una clara indicación de la efectividad de la regulación y de que se ha solventado el fallo de mercado. Por lo tanto, a juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debería mantenerse el actual criterio de clasificación de zonas en función del número de operadores que explotan la red.

Cuestión distinta sería la valoración a realizar en el marco del despliegue de redes NGA, en zona blanca NGA, donde, a juicio de esta Comisión, el criterio del número de infraestructuras de banda ancha básica desplegadas sí que debería tener en cuenta las

---

<sup>18</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>19</sup> Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

<sup>20</sup> Decisión (N330/2010) – France – Programme national « Très Haut Débit » - Volet B



efectivamente implantadas puesto que en este caso sí se produce un salto cualitativo en las redes que lo justifica ya que algunos de los servicios ofrecidos sobre la nueva infraestructura no serán posible reproducirlos sobre la banda ancha básica.

Si se mantuviera el requisito de que la calificación de una zona se realizará en función del número de infraestructuras realmente desplegadas, debería remarcarse en el cuerpo del documento y no solo como nota al pie.

### ***Diseño de la medida y la necesidad de limitar distorsiones de la competencia (apdo. 3.2.2.)***

Al igual que se recogía en el párrafo 51 de las Directrices de 2009, el Borrador describe en el párrafo 67 las condiciones que deberá cumplir un determinado proyecto para demostrar la proporcionalidad de la medida propuesta. La nueva redacción, además de incorporar cambios en la descripción de las condiciones o en su denominación, introduce dos nuevos apartados, la letra j) “Transparencia” y la letra k) “Informes”, y separa la consulta pública de la elaboración del mapa de cobertura.

#### *a) Mapa detallado y análisis de la cobertura*

El Borrador reconoce la necesidad de colaboración entre los Estados y las ANRs en la identificación de las áreas que podrán beneficiarse del proyecto de ayuda aunque sólo cuando sea posible. Asimismo, en el texto se sugiere la creación de una base de datos centralizada a nivel nacional de la infraestructura accesible.

#### Observaciones

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera necesaria la colaboración entre las autoridades que conceden la ayuda y la ANR para identificar las áreas objetivo del proyecto y esta circunstancia debería reforzarse en el texto final.

La centralización a nivel nacional de una base de datos de infraestructuras por parte de las ANRs resultaría de interés. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto entidad con competencia en el análisis de los mercados, recibe información sobre coberturas y despliegues de los operadores, por lo que este tipo de ANRs independientes serían las mejor posicionadas para la creación de la citada base de datos, así como para asesorar a las Administraciones sobre el alcance geográfico del proyecto.

Sin embargo, la creación de la base de datos se enfrenta a diversos problemas que el Borrador no aborda. Por un lado, la necesidad de medios humanos y técnicos que supone la elaboración y gestión de este recurso que en la situación económica actual suponen una mayor carga para los Estados. Por otro, los problemas de confidencialidad ligados a cualquier infraestructura de un operador privado que no está obligado a facilitar a sus competidores, especialmente si no tiene poder significativo en el mercado (en adelante, PSM), información relativa a su negocio, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de cuestiones de carácter estratégico relacionadas con las inversiones previstas para los tres próximos años. Además, se trata de una obligación de carácter dinámico que exige una constante actualización para una misma área geográfica con el paso del tiempo.

En conclusión, aunque a nivel teórico la creación de un mapa de las infraestructuras accesibles facilitaría el despliegue de todos los operadores, los problemas que supone no han sido resueltos ni por la normativa comunitaria ni por el Borrador, por lo que resultará muy difícil su concreta plasmación.



Por otro lado, el Borrador tampoco establece criterios de fácil implementación para la elaboración de los mapas de cobertura, salvo la nota al pie 78 que habla de hogares pasados y que a día de hoy es complicada su realización. En este sentido, la principal dificultad para la fijación de la cobertura de un servicio de telecomunicaciones en un área se presenta porque actualmente no existen mapas que indiquen vivienda por vivienda la cobertura y ésta se establece de forma más o menos agregada, por entidad de población en el caso de España. A ese nivel, normalmente la cobertura no es ni 0% ni 100%, sino que es un valor intermedio. Esto ocurre en ámbitos tan reducidos como los núcleos de población, (que corresponden a partes concretas de un determinado municipio o situado en su proximidad) en los que ya resulta muy complejo realizar el mapa de cobertura. Sería conveniente que la CE aclarara qué criterios toma en consideración o considera más adecuados para la realización de mapas de cobertura.

Si la partición de la zona de cobertura requiere el uso de una unidad territorial demasiado pequeña (por ejemplo, calle), la elaboración del mapa implica en la práctica un ejercicio altamente oneroso. Con el objeto de facilitar la elaboración de los mapas, sería conveniente establecer un porcentaje de cobertura que permitiese calificar una zona de forma unitaria (por ejemplo, si la cobertura del servicio es superior al 50% podemos considerar que es zona gris, si es inferior al 50%, podemos considerar que es blanca).

#### *b) Consulta pública*

El apartado 67.b) del texto que se propone prevé la realización de una consulta pública en la que las autoridades publiquen la principales características de la medida y una lista de las zonas a las que se dirige. La CE recomienda la publicación centralizada en una página web a nivel nacional. La Circular 1/2010 prevé esta publicación por lo que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ya estaría dando cumplimiento a esta previsión.

#### Observación

La redacción de este apartado no deja claro si también debe someterse a consulta pública el mapa de cobertura de las zonas elaborado por la Administración que convoca la ayuda. Sería aconsejable modificar la redacción del texto para especificar si es un requisito necesario o no.

#### *c) Procedimiento de licitación*

El Borrador mantiene la exigencia de concurso para otorgar la ayuda. Sin embargo, en la nota al pie 82 se hace referencia a la Decisión sobre el Programa francés “*Très Haut Débit*”<sup>21</sup> en uno de cuyos supuestos se permitió que el receptor de la ayuda fuera una Administración Pública que explotaría directamente la red, no siendo necesario el concurso.

Asimismo, la CE sugiere la creación de una página web a nivel nacional en la que se publicarían todos los concursos convocados para conceder alguna Ayuda de Estado para proyectos de banda ancha.

#### Observación

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera que la recepción de una Ayuda de Estado por una Administración Pública en los términos de la Decisión francesa indicada es un supuesto tan específico que debería ser tratado en el texto principal y no como un pie de página. Asimismo, deberían aclararse las condiciones a las que deberán

---

<sup>21</sup> Decisión N330/2010.





sujetarse los proyectos que tuvieran como beneficiario a una Administración Pública y en los que, por ese motivo, no se convocase un concurso para el otorgamiento de la ayuda.

Respecto a la cuestión de la centralización de la información sobre los procedimientos de licitación y sin perjuicio de considerarlo una medida positiva que contribuiría a dotar de una mayor transparencia a todo el proceso, debe puntualizarse que a día de hoy no existe una centralización de los procedimientos de licitación a nivel estatal<sup>22</sup>, autonómico y local que pudiera satisfacer las exigencias del Borrador, por lo que su aplicación exigiría la dedicación de recursos y tiempo necesaria, así como un importante esfuerzo de coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas a la hora de remitir la información (lo que podría implicar reformas legislativas para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones). Todo ello se traduciría en un necesario periodo de adaptación antes de poder considerar la aplicación de dicho requisito de centralizar la información sobre las principales intervenciones públicas en materia de banda ancha a lo largo del territorio español.

*e) Neutralidad tecnológica*

Puesto que en principio, los servicios de banda ancha básica pueden ser prestados mediante diversos tipos de redes: fijas, inalámbricas, satelitales, móviles o cualquier combinación de ellas, el Borrador señala, al igual que en las vigentes Directrices, que la licitación no debe favorecer o excluir ninguna de ellas y que los licitadores deben poder proponer cualquier solución tecnológica que consideren adecuada para la prestación de los servicios solicitados. La selección de la tecnología de red debe realizarse sobre la base de criterios de licitación objetivos.

Observaciones

Si bien la redacción de este apartado es clara y sin cambios respecto a la versión anterior de las directrices, el problema reside en que no se recogen ni se nombran las posibles excepciones a esta condición como pueden ser los casos en los que la Administración licitadora reaprovecha o una infraestructura propia ya existente o un nuevo despliegue de red para satisfacer sus propias necesidades cuya capacidad excedentaria se pondrá a disposición del mercado.

En ambos supuestos, la selección de la tecnología sobre la que se basa dicha infraestructura estaría justificada de forma razonable si realmente implicara un menor coste para la consecución de los objetivos del proyecto.

A juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Borrador podría recoger las particularidades respecto a la neutralidad tecnológica que suponen dichos casos.

*f) Utilización de infraestructuras existentes*

La CE introduce en este apartado un cambio cualitativo importante respecto de la anterior redacción. En la búsqueda de un precio inferior y de evitar la duplicidad de infraestructuras, propone imponer a los participantes en los concursos las siguientes obligaciones:

- a) Durante la consulta pública previa al concurso, los licitadores deberán informar a la autoridad que concede la ayuda y a la ANR sobre la infraestructura que tienen desplegada en la zona objetivo.

---

<sup>22</sup> La única referencia de la que se dispone es la información publicada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que se limita a la Administración General del Estado.



- b) Deberán proporcionar acceso a dicha infraestructura al resto de los participantes en el concurso en los mismos términos y condiciones que el operador utilice para su propia oferta.
- c) Deberán facilitar toda la información relevante a otros licitadores de forma que les permita incluir dicha infraestructura en su oferta para el concurso.

Asimismo, este apartado prevé la creación de una base de datos nacional sobre la disponibilidad de las infraestructuras existentes que podrían ser reutilizadas para el despliegue de banda ancha.

#### Observaciones

El actual Borrador introduce unas obligaciones que plantean numerosos problemas. De un lado, exceden de las previsiones sobre transparencia de cualquier normativa armonizada, tanto considerando el marco de las comunicaciones electrónicas como el de contratación pública.

Por otro, si bien desde el punto de vista de los recursos públicos, resulta positivo que se reduzca el importe de la ayuda mediante la utilización de infraestructuras ya construidas, desde una perspectiva competencial no resulta tan claro.

Las obligaciones de acceso se imponen bien como consecuencia de la situación competitiva de un determinado operador en un mercado, bien como contraprestación de una ayuda recibida. En el primer caso además, las Directivas establecen el marco en el que las ANRs pueden imponer a los operadores con PSM los servicios mayoristas que estén justificados. Más allá de estos ámbitos, parece desproporcionado imponer a cualquier operador la obligación de ceder sus infraestructuras solamente por presentarse a un concurso de ayudas.

De hecho, la CE en alguna Decisión en materia de Ayudas de Estado ha aplicado el criterio de limitar la cesión de las infraestructuras existentes a las de aquellos operadores que tienen obligaciones de acceso dentro del marco del análisis de mercado. Así, en su Decisión sobre el programa francés «Très Haut Débit » limitó el uso de infraestructuras ya desplegadas a las de France Telecom, operador declarado con PSM en el mercado francés<sup>23</sup>.

Así, en opinión de esta Comisión, las obligaciones previstas en este apartado resultan demasiado onerosas especialmente para los operadores alternativos y producirán un efecto disuasorio sobre los operadores más preparados para el despliegue de nuevas redes que sean titulares de infraestructuras propias y no ostenten PSM, como por ejemplo los operadores de cable.

En efecto, mientras que los designados con PSM ya ofrecen un gran número de servicios mayoristas en virtud de la regulación sectorial, los operadores alternativos con infraestructura propia no suelen hacerlo al no estar obligados. Por lo tanto, estos últimos serán reticentes a presentarse a concursos que les obliguen a prestar servicios mayoristas sólo por el hecho de presentarse, aunque finalmente no sean los adjudicatarios de la ayuda, favoreciendo al dominante. De hecho, en la actualidad, la obligación de dar acceso a

---

<sup>23</sup> Decisión (N330/2010) – France – Programme national «Très Haut Débit » - Volet B párrafo 65.h): *“Use of existing infrastructure: Bidders will be able to use not only their own infrastructure but also, via regulatory means, the infrastructure of the incumbent France Telecom, to make their bids under the respective tender procedures. This avoids the duplication of infrastructure and ensures that the incumbent will not have any undue advantages in the tender proceedings”.*



terceros a la red subvencionada supone un importante obstáculo que en ocasiones provoca que los operadores alternativos se abstengan de participar en los concursos.

Por otro lado, la propuesta plantea diversos interrogantes de índole práctica tales como determinar con cuanta antelación deben los operadores no regulados poner su infraestructura a disposición del resto de oferentes o a qué precios. Es decir, parece bastante complejo articular un procedimiento en los concursos públicos que permita cumplir con esta propuesta de la CE. Cabe añadir que la complejidad se incrementa sustancialmente en el caso de que existan varios operadores con infraestructura propia desplegada en diferentes partes de una misma zona<sup>24</sup>.

Por último, esta obligación podría estar en contradicción con las legislaciones nacionales sobre contratación pública. A modo de ejemplo, en derecho español los licitadores en un procedimiento no están sujetos a otras obligaciones que las relativas a la presentación de la oferta, las garantías asociadas a ella y la acreditación de su idoneidad como licitador ante una Administración Pública.

En cuanto a la creación de la base de datos nacional, no queda claro su contenido. Si se refiere a la misma que el apartado a) del párrafo 67, no resulta necesario reiterarlo por lo que se propone su supresión en este apartado o hacer una referencia cruzada a dicho apartado 67 a).

#### *g) Acceso mayorista*

Con carácter general, el apartado 67.g) del Borrador prevé un acceso mayorista completo por un plazo mínimo de siete años. Al término del periodo, se podrá extender la duración por más tiempo, si el operador beneficiario tiene PSM. Si la ayuda se otorga a un proyecto de nuevas infraestructuras pasivas, la nota al pie 90 indica que el acceso deberá ofrecerse sin ningún límite temporal.

Por otro lado, la nota al pie 96 dispone que en el caso de conflicto sobre la imposición de un tipo de acceso no previsto en zonas rurales poco pobladas la autoridad que concede la ayuda debería solicitar la opinión de la correspondiente ANR o a otra autoridad nacional competente.

#### Observaciones

El párrafo referente a la continuidad de las obligaciones una vez transcurrido el plazo de siete de años establecido en las Directrices es confuso. Sería conveniente que la Comisión aclarara:

1. Si considera que la ANR tiene potestad para ampliar el horizonte temporal de las obligaciones impuestas al operador al recibir la ayuda o por el contrario la ANR sólo puede imponer las obligaciones que se justifiquen al amparo de una posición de dominio declarada en un análisis de mercado.
2. Si el análisis de mercado aplicable es el que realiza la ANR dentro de sus obligaciones y procedimientos generales previstos en las Directivas de

---

<sup>24</sup> Se trataría de redes que no ocupan una misma ubicación dentro de la zona que se ha definido como objetivo (casos de zona gris).



comunicaciones electrónicas cada periodo de 2 o 3 años, o por el contrario, si se debe realizar un análisis específico en el área geográfica de actuación de la ayuda y en el momento en que la obligación de los 7 años está próxima a su fin.

3. En el caso de que se deba realizar el análisis de las condiciones de mercado en la zona específica y el resultado sea la existencia de una situación no competitiva en dicho mercado, si las obligaciones a extender son las mismas establecidas inicialmente como contrapartida por la ayuda recibida, o en cambio son las condiciones impuestas en el análisis de mercado general correspondiente que pueden ser diferentes o incluso no existir.

Puesto que estas Directrices no son normas de obligado cumplimiento, la CE debería tener en cuenta en su práctica decisoria el criterio que adopte sobre el análisis a realizar transcurridos los siete años. Es decir, en una Decisión, que es obligatoria para sus destinatarios, en la que declare compatible con el marco comunitario un determinado proyecto sería conveniente que se especificara el tipo de análisis que habría que llevar a cabo, su ámbito geográfico (nacional, local, etc.), alcance de las obligaciones a imponer y autoridad competente para hacer el análisis e imponer/prorrogar las obligaciones, en su caso.

Respecto de la intervención de la ANR en caso de conflicto, nos remitimos a los comentarios recogidos en las "Observaciones Generales" (punto 2 de este documento) sobre el papel de las ANRs independientes en la resolución de los conflictos que surjan entre el operador titular de la red y el resto de los operadores que solicitan el acceso a las nuevas infraestructuras.

En cuanto al carácter ilimitado de la duración del acceso para infraestructuras pasivas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entiende la relevancia de garantizar un acceso a estas infraestructuras, máxime cuando su construcción ha sido financiada con una Ayuda. Sin embargo, también es cierto que en el caso de operadores privados la medida restringe el derecho de propiedad sin que se justifique suficientemente.

Si la beneficiaria de la ayuda es una entidad pública, podría sostenerse la duración ilimitada de esta obligación por el interés público al que la Administración debe sujetar sus actuaciones. Sin embargo, cuando se trata de un operador privado, la medida resulta excesivamente restrictiva. Por este motivo, se sugiere que, en este segundo supuesto, se establezca la duración de la obligación de acceso en función de un criterio objetivo como pudiera ser el plazo de amortización de las infraestructuras que será siempre superior a los siete años.

Si se mantuviera el carácter ilimitado del acceso a las infraestructuras pasivas, el texto explicativo de la nota al pie número 90 debería incluirse en el documento principal.

#### *h) Precios de acceso mayorista*

En este apartado y de forma similar a lo recogido en las Directrices de 2009, la CE establece los criterios a seguir para fijar los precios de los servicios ofrecidos por el operador receptor de la ayuda los cuales son bastante difíciles de interpretar. Sin embargo, de las notas al pie podría entenderse que los criterios previstos para fijar los precios son:

- Límite superior: el precio obtenido tras una comparativa de precios de zonas más competitivas.
- Límite inferior: los precios de acceso establecidos por la ANR para esa zona.



- En última instancia, se propone que en ausencia de cualquier otra referencia exista una orientación de precios a coste.

#### Observaciones

Este apartado necesita ser clarificado de forma que permita conocer fácilmente qué precios prevalecen si los de servicios comparables en zonas más competitivas o los regulados, en su caso. El párrafo contiene indicaciones ambiguas, porque por un lado se indica que los precios de servicios comparables en zonas más competitivas son un límite máximo y por otro que los precios regulados son un límite mínimo pero podría suceder que el precio de la zona más competitiva esté por debajo del precio regulado. Y, de nuevo, los criterios más claros figuran en las notas al pie.

En cuanto al principio de orientación a costes, se debería señalar cómo se aplica este principio para las Administraciones Públicas. Para los operadores con PSM, las ANR han desarrollado sistemas de contabilidad regulatoria que permiten verificar que los precios de los servicios mayoristas están orientados a costes. Sin embargo, pueden suscitarse dudas de si la adopción de este criterio cumple con el principio de proporcionalidad y si resulta razonable imponer este tipo de sistemas de contabilidad regulatoria a cualquier operador que resulte adjudicatario de una ayuda pública.

#### *j y k) Transparencia e Informes*

La CE propone dos nuevas condiciones para otorgar una ayuda: transparencia y elaboración de un informe sobre cumplimiento de la Decisión comunitaria. La primera supone obligar al beneficiario de una ayuda a informar al resto de los operadores de su despliegue de infraestructuras en el marco del proyecto, que figuraría en la base de datos sobre infraestructuras centralizada que se propone en otros apartados del Borrador<sup>25</sup>. La segunda se refiere a un control posterior de la CE del grado de implementación de la medida por la autoridad que concedió la ayuda.

#### Observaciones

Es claro que cuanto mayor publicidad se dé al despliegue de infraestructuras, mayor será la posibilidad de que terceros operadores soliciten el acceso a las mismas. En este sentido, la obligación de transparencia como contrapartida a la recepción de una ayuda contribuirá al desarrollo del sector.

Por lo que se refiere a los informes, se valora positivamente que la CE realice un seguimiento de las ayudas públicas autorizadas. Con la información recopilada la Comisión podría realizar un informe periódico y público en el que se mostrara el impacto a nivel europeo de las ayudas concedidas, contribuyendo de esta manera a publicitar las mejores prácticas.

#### ***Apoyo al despliegue rápido de redes NGA (apdo. 3.3.)***

El presente apartado recoge los criterios específicos aplicables al despliegue de redes NGA, en especial tomando en consideración aquellos casos en que haya redes de banda ancha básica en la zona.

#### ***Diseño de la medida y la necesidad de limitar distorsiones de la competencia (apdo. 3.3.2.)***

---

<sup>25</sup> Apartados 67.a) ó 67.f) del Borrador.



El Borrador establece una nueva obligación para el beneficiario de una ayuda para el despliegue de infraestructura pasiva que deberá proporcionar sobre la misma también acceso activo si se le solicita. Incluso en la nota al pie 105 del Borrador, se extiende esta obligación a todo aquél que solicite acceso a la red beneficiada por la ayuda, es decir, los terceros que resulten beneficiarios indirectos y que deberán ofrecerlo a otros operadores.

#### Observaciones

El párrafo 76 es de difícil interpretación. De un lado, restringe a que sea únicamente la infraestructura pasiva<sup>26</sup> la que puede ser objeto de subvención para zonas blancas o grises NGA que sean grises o negras para banda ancha básica. De otro, sobre esta infraestructura pasiva la CE obliga a ofrecer a terceros operadores *“no solo infraestructura activa sino también pasiva”*. De la redacción se desprende que el acceso activo debe estar siempre garantizado, mientras que se refuerza la obligación de acceso a la infraestructura pasiva señalándolo de forma expresa, cuando en realidad la lógica indica que debería ser al revés, el acceso pasivo se ofrece siempre pues esa es la infraestructura que recibe la Ayuda, mientras que el activo sólo cuando se justifique. A juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, debería dotarse a estos apartados de una mayor coherencia justificando, como se señalará a continuación, los supuestos y condiciones de prestación de servicios de acceso activo.

A diferencia de la Decisión francesa de *“Très haut débit”* en la que la obligación de ofrecer acceso activo fue matizada pues se ligó su aplicación a que la demanda fuera razonable<sup>27</sup>, en el Borrador se impone directamente sin ninguna restricción.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera excesiva esta obligación de acceso activo tal y como aparece redactada en la actualidad. Se sugiere su eliminación o, al menos, que se atempere estableciendo unos requisitos similares a los previstos en el apartado 67.g) del Borrador para zonas rurales con baja densidad de población<sup>28</sup>.

Se reitera la necesidad de que la duración ilimitada de la obligación de acceso se fije únicamente para las infraestructuras de titularidad pública. Sin embargo, para los operadores privados se propone que se determine en función de un criterio objetivo como pudiera ser el plazo de amortización de las infraestructuras que será siempre superior a los siete años.

En el párrafo 79 de las Directrices de 2009, se contienen una serie de previsiones sobre el papel de las ANRs, las obligaciones de acceso y la arquitectura de red para ayudas a proyectos de NGAs alguna de las cuales se especifican en otros apartados del Borrador distinto del 3.3 que es el dedicado a NGAs. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entiende que todas las previsiones sobre estos tres aspectos recogidas en los apartados no específicamente dedicados a banda ancha básica son de aplicación también a las NGAs, si no fuera así, debería mencionarse expresamente.

---

<sup>26</sup> La infraestructura pasiva es definida en el Anexo II del Borrador como: red de banda ancha sin ningún componente activo. Normalmente, comprende conductos, fibra oscura y distribuidores en las calles.

<sup>27</sup> Decisión (N330/2010) – France – Programme national «Très Haut Débit» - Volet B párrafo 65.f): *“The Commission can however accept that it would economically not reasonable to develop such products in any case, when demand for such product does not exist. It therefore accepts the French approach to develop such active access products once an access seeker makes a reasonable demand”*.

<sup>28</sup> Párrafo 67.g): *“La demanda se considera razonable si: i) el demandante de acceso presenta un plan de negocios coherente que justifique el desarrollo del producto en la red subvencionada y; ii) en la misma zona geográfica ningún otro operador ofrece ningún producto de acceso comparable a precios equivalentes a los de las zonas más densamente pobladas”*.